

# LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO<sup>1</sup>

GUILLERMO OROZCO PARDO

Catedrático del Departamento de Derecho Civil - Universidad de Granada  
Presidente de la Junta de Mediación y Arbitraje de Consumo de Granada

## EXCERPTS

*“The term mediation also has a very specific meaning in law based on obligations and contracts: the so called mediation contract”*

*“Mediation is a concept, as much as a technique, a medium or an instrument generated in the field of intersubjective relations of private law”*

*“In the realms of consumer relations, the effective scope of mediation is related to arbitration”*

*“Mediation can not be imposed as a mandatory procedure prior to litigation and it would be wrong to the extent that it is not diriment, because the parties only stay in the process in a voluntary way and agreement is not “dictated” by the mediator, but by the parties themselves”*

*“The error lies in perceiving the mediation as an “administrative” tool of consumer protection and not as an alternative or complementary – volunteer, free of charge and fast – way to resolve a conflict on a consensual basis”*

*“In fact, the RDAC only refers nonspecifically to the content and development of mediation, laying down the time of the transaction, the term of the suspension of proceedings, the duty of confidentiality and the requirement to record in writing what was agreed”*

*“In order to provide security and confidence to the system, in obedience to the directive, the legislative draft calls for the possibility that the agreement be binding and have the force of res judicata in accordance with the procedural law for titles subjected to charge in court”*

## RESUMEN

La justicia tradicional está en crisis, no solo por el elevado número de pleitos, que aumentan progresivamente cada año, sino también porque es vista como un procedimiento caro, lento y formal que tiende a enfrentar a las partes –*adversarial*– más que resolver el conflicto. Ello lleva a un creciente sentimiento de insatisfacción a todos los juristas y sujetos que intervienen en ese ámbito, para lo cual debemos abrir paso a los *medios complementarios* de acceso a la justicia por parte de los ciudadanos. En el caso de la mediación en los conflictos de consumo, estamos ante una práctica cada vez más demandada, carente de una teoría –peor aun, de una norma legal– que la discipline. Este es el problema que abordamos en estas líneas, avanzando algunas soluciones.

**Palabras clave:** justicia, conflicto, mediación, consumo.

### I.- MEDIACIÓN Y CRISIS DE LA JUSTICIA ADVERSARIAL

Como afirma Redorta, vivimos una era de cambios, pero la idea de cambio va ineludiblemente unida a la de conflicto y lo cierto es que *en nuestras sociedades occidentales hemos aprendido a resolver los conflictos desde la idea de la confrontación habiendo hecho del proceso judicial un factor determinante*, lo cual lleva a los operadores jurídicos a una cierta frustración, así como a los ciudadanos usuarios del sistema. Concluye este autor con una reflexión muy cierta: *Los índices de litigiosidad de todos los países demuestran que el sistema actual va colapsado en una cadena que, metafóricamente hablando, no tiene fin: a más gatos, más ratas. ¿No estaremos haciendo algo mal? Se pregunta finalmente*<sup>2</sup>.

El tema de la *mediación* es uno de los más interesantes que hoy se nos plantea en nuestro derecho por cuanto supone la manifestación de un fenómeno que los *iusprivatistas* venimos observando de un tiempo a esta parte en nuestra ciencia: lo que podríamos denominar la *privatización* del llamado *derecho público*. El uso de esta terminología no quiere decir, sin más, que sigamos adheridos *ciegamente* a esa tradicional distinción, casi dicotómica, entre derecho público (v. gr. interés general) y derecho privado (interés particular), ni tan siquiera mantengamos la *vieja teoría* del *imperium* y la desigualdad como criterios diferenciadores. Ello no obstante, cabe seguir utilizando esta terminología, aunque sólo sea por mera *conveniencia coloquial*, como referente a posiciones preconcebidas consagradas en conceptos *standard* que ahorran muchas palabras.

Es ya un *tópico de la literatura jurídica* hablar de la *publificación* del derecho privado, fenómeno que se puso de manifiesto en el derecho de la persona, en familia o sucesiones, tal y como la doctrina (De Cupis, etc.) puso de manifiesto, con mayor o menor fortuna, en cuanto originó, en algún caso, concepciones *tota-*

*litarias* del derecho poco admisibles en nuestros días. Sin embargo, nosotros queremos llamar la atención sobre el hecho de que en la actualidad existen principios e instituciones del llamado derecho privado que se están aplicando con fortuna a otros ámbitos de lo jurídico con plena eficacia: legitimación por sustitución, intereses colectivos, *class actions*, son ejemplo de ello en el campo del derecho de consumo.

Para nuestro legislador, según consta en el *Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, se trata de un cauce *complementario* de resolución de conflictos, por lo que se configura como un medio de acceso de los ciudadanos a la Justicia, al menos en el ámbito de la jurisdicción. Se trata, pues, de un matiz importante, ya que se reconoce a la mediación el papel de instrumento para la modernización y mejora de la Administración de Justicia, no solo en cuanto a su organización y perfeccionamiento, sino en cuanto fórmula válida en un Estado de Derecho, que sirve para preservar el ejercicio de la jurisdicción<sup>3</sup>. Ello trae causa de la Directiva 52/2008/CE que ha consagrado la importancia de la mediación, junto a las otras ADR, para la correcta aplicación del principio de acceso de los ciudadanos a la justicia: *El principio de acceso a la justicia es fundamental y, con vistas a facilitar y mejorar el acceso a la justicia, el Consejo Europeo, en su reunión de Tampere de 15 y 16 de octubre de 1999, instó a los Estados miembros a que instauraran procedimientos alternativos de carácter extrajudicial.*

EL TÉRMINO MEDIACIÓN  
POSEE TAMBIÉN UNA  
ACEPCIÓN MUY ESPECÍFICA  
EN SEDE DEL DERECHO  
DE OBLIGACIONES Y  
CONTRATOS: EL LLAMADO  
CONTRATO DE MEDIACIÓN

Ahora bien, debemos superar la dialéctica que nos presenta las ADR como vía “informal a una justicia *alternativa*” basada en criterios subjetivos, propios de las partes en conflicto, frente a la justicia “*formal, objetiva y adversarial*” ajena a los intereses y sentimientos de los sujetos que se “impone” por los órganos del Estado y los lleva al enfrentamiento. Como hemos podido constatar, para nuestro legislador, se trata de un “medio complementario” de acceso a la justicia, sobre parámetros y criterios justos, por lo que obtendrá su cobertura en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de nuestra Constitución. La citada Directiva 2008/52/CE es bastante positiva en cuanto a los resultados que pueden esperarse de la mediación y así lo afirma: *La mediación puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes. Es más probable que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente y también que preserven una relación amistosa y viable entre las partes.* Finalmente, prevé la necesidad de crear

un “marco jurídico predecible” para la mediación y el posible efecto positivo, para dotar de confianza al sistema, que pueda derivarse del carácter ejecutivo del acuerdo: *La mediación no debe considerarse como una alternativa peor que el proceso judicial por el hecho de que el cumplimiento del acuerdo resultante de la mediación dependa de la buena voluntad de las partes. Por tanto, los Estados miembros deben asegurar que las partes en un acuerdo escrito resultante de la mediación puedan hacer que su contenido tenga fuerza ejecutiva. Los Estados miembros solamente deben poder negarse a que un acuerdo tenga fuerza ejecutiva cuando su contenido sea contrario a su legislación, incluido su Derecho internacional privado, o cuando esta no disponga la fuerza ejecutiva del contenido del acuerdo específico*<sup>4</sup>.

Hemos de tener presente que en nuestro derecho, el término *mediación* posee también una acepción muy específica en sede del derecho de obligaciones y contratos: el llamado *contrato de mediación*, que presenta notas comunes con la acepción antes comentada, pero también se diferencia en otros aspectos<sup>5</sup>. El acto de *mediar*, según el RAE, implica interponerse entre dos más personas que contienden

Para procurar conciliarlos o unirlos en amistad; esto supone que, inicialmente, se dirige a *recomponer* la situación resolviendo la causa de la contienda, restableciendo el orden precedente sobre criterios que las partes asuman como propios o adecuados. Se conecta con la seguridad jurídica en cuanto dota de estabilidad a una relación jurídica, en la medida en que resuelve el conflicto mediante una solución basada en criterios de justicia (aspecto *objetivo*) y a la vez asumidos por la partes pues satisface sus intereses en base a criterios y valores personales (aspecto *subjetivo*)

Esto implica conciliar las dos grandes *demandas* de la justicia: la estabilidad de las normas y los derechos adquiridos y el necesario dinamismo que la evolución de la sociedad impone al derecho, por cuanto la estabilidad de la norma legal se dinamiza con los cambios habidos en los criterios de interpretación de la misma, a través del propio sentido de *lo justo* que aportan las partes en el proceso de mediación, limitado siempre por la condicionante ética de la *Lex Artis* del mediador, que buscará la norma más flexible y adecuada para resolver el conflicto, utilizando técnicas de comunicación y negociación y basándose en criterios comunes para resolver los problemas. En definitiva, se trata de alcanzar una situación *estable*, que las partes asuman como propia y justa, lo que se resume en una definición amplia a cuyo tenor se trata de un procedimiento *en el que interviene un tercero que asiste, informa y orienta a las partes de un conflicto para que negocien un acuerdo que lo resuelva de forma justa, viable y mutuamente asumida*.

Baste ahora a nuestro propósito decir que la mediación es un concepto, a la vez que una técnica, medio o instrumento, generada en el ámbito de las relaciones

*intersubjetivas* de derecho privado, básicamente contractuales, que hoy se comienza a aplicar a otros campos y materias tradicionalmente vedados al compromiso y la disponibilidad que lo caracterizan. Según el diccionario de la Real Academia Española, *mediar* es la acción y efecto de mediar. Una de las acepciones o significados de *mediar* entendida como actividad es *interponerse entre dos o mas que riñen o contienden, procurando conciliarlos y unirlos en amistad*. Tal y como afirma Martín Serrano, *los individuos y la misma sociedad desarrollan y utilizan sistemas de regulación institucionalizados para reducir la disonancia*<sup>6</sup>.

LA MEDIACIÓN ES UN  
CONCEPTO, A LA VEZ  
QUE UNA TÉCNICA, ME-  
DIO O INSTRUMENTO,  
GENERADA EN EL ÁMBI-  
TO DE LAS RELACIONES  
INTERSUBJETIVAS DE  
DERECHO PRIVADO

En consecuencia, podemos entender que el concepto de mediación esta referido a su carácter de instrumento para lograr la resolución de una contienda o conflicto entre personas, merced a la intervención de un tercero que realiza esa actividad de *mediar* sobre la base de establecer un *orden* basado en unos criterios asumidos, o aceptados, por los contendientes. Así concebida, la mediación se convierte en un herramienta al servicio de la justicia por vía de su aplicación como instrumento de la seguridad jurídica. Así mismo, la mediación se presenta con perfiles comunes a otras figuras muy cercanas a ella, tales como la conciliación y el arbitraje, si bien existen ciertos

rasgos distintivos que la distinguen: su carácter *consensual* –no dirimente como el arbitraje– y la intervención de un *tercero imparcial*, lo que la diferencia de la conciliación.

La Ley de Cataluña la define como el *procedimiento no jurisdiccional de carácter voluntario y confidencial que se dirige a facilitar la comunicación entre las personas, para que gestionen por ellas mismas una solución a los conflictos que las afectan, con la asistencia de una persona mediadora que actúa de modo imparcial y neutral*. Finalmente, la Directiva 52/2008 la define en los siguientes términos: *un procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador*. Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional prescrito por el derecho de un Estado miembro.

3 De todas estas definiciones destacamos su carácter institucional –procedimiento– la voluntariedad y la significativa presencia del mediador. Con ello debemos reseñar que solo pueden ser objeto de mediación las materias sobre las que las partes tengan poder de disposición, tal y como nos recuerda la Ley de Cataluña:

*comprende cualquier tipo de cuestión o pretensión en materia de Derecho privado que pueda conocerse en un proceso judicial y que se caracterice porque se haya roto la comunicación personal entre las partes, si estas deben mantener relaciones en el futuro.* Sin embargo, este texto incluye dos notas no necesariamente exigibles en todo caso: que la materia pueda conocerse en un proceso judicial y la ruptura de la comunicación entre partes. Como veremos luego, en el ámbito de las relaciones de consumo, el alcance objetivo de la mediación está relacionado con el del arbitraje.

En cuanto a la voluntariedad, esta se aplica tanto al tiempo de acceder a la mediación, como durante el procedimiento, del que cabe desistir en cualquier momento. No obstante, la directiva permite que los Estados puedan imponer supuestos de mediación previa obligatoria en ciertos casos, así como la remisión judicial y la aplicación de incentivos o sanciones en caso de negativa, tal y como hace el Anteproyecto español.

## II- PERFILES DE LA MEDIACIÓN EN LOS CONFLICTOS DE CONSUMO

Conocido es el origen *contractual* del concepto de mediación, sin embargo, el termino *mediación* cuando se aplica en el ámbito de las técnicas *Alternativas de Resolución de Conflictos* (ADR) y más concretamente a los conflictos que se suscitan en las relaciones entre consumidores y empresarios o profesionales, adquiere un nuevo perfil más relevante, pues cobra una dimensión *institucional* merced al tratamiento actual del tema en nuestro ordenamiento jurídico que, si bien no la regula, hace referencia a ella en algunos textos, singularmente el RD 231/2008 que regula el Sistema Arbitral de Consumo.

Según se ha dicho, diversos son los texto que la Unión Europea ha elaborado para incentivar la implantación de las técnicas consensuales de resolución de conflictos en el campo de las relaciones de consumo<sup>7</sup> en los que se recogen unos “principios comunes” en relación con el alcance de las ADR, el valor de las cláusulas de remisión a ellas, los plazos de prescripción, la confidencialidad, la responsabilidad, etc. y que finalmente cristalizan en la Directiva 52/2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. A tal propósito la directiva, que excluye los conflictos de consumo de su ámbito, dice lo siguiente:

*En el ámbito de la protección del consumidor, la Comisión adoptó una Recomendación que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo deben ofrecer a sus usuarios. Se debe alentar todos los mediadores u organizaciones que entran en el ámbito de aplicación de dicha Recomendación a que respeten sus principios. Para facilitar la difusión de la información relativa a tales órganos, la Comisión debe crear una base*



de datos de los sistemas extrajudicial le que, a juicio de los Estados miembros, respetan los principios de la Recomendación.

La mediación presenta una problemática común con otras ADR –singularmente con el arbitraje– como el tema su *obligatoriedad* –y otra específica como la eficacia vinculante y ejecutiva de sus acuerdos. Sin entrar a profundizar en la cuestión, recordemos que cuando se suscitó en nuestro país la polémica de la remisión *obligatoria* al arbitraje de consumo por parte del legislador, nuestro Tribunal Constitucional se opuso a ello por ser contrario al derecho a la tutela judicial efectiva.

4 del artículo 24 CE; esa mismo fundamento sirvió de base para declarar nula por abusiva la cláusula contractual que remite, con carácter previo a planteamiento del conflicto, a un sistema arbitral distinto al SAC. Ello tendría su razón de ser en la medida en que el arbitraje es una técnica *dirimente* que “cierra” el paso a la jurisdicción, salvo los recursos frente al laudo. No vamos a entrar ahora en

EN EL ÁMBITO DE LAS  
RELACIONES DE CONSUMO,  
EL ALCANCE OBJETIVO DE LA MEDIACIÓN  
ESTÁ RELACIONADO  
CON EL DEL ARBITRAJE

mayores disquisiciones de si un arbitraje obligatorio con las garantías que presta el SAC diseñado por nuestro legislador –con una acrisolada trayectoria positiva– supone una “quiebra de la tutela judicial efectiva” –circunscrita sólo a jueces y tribunales– en la medida que tal Sistema Arbitral ofrece, a nuestro parecer, un adecuado nivel de garantías –profesionalidad, procedimiento, prueba, motivación y recursos– que lo configuran como un verdadero *equivalente jurisdiccional* en el que se debería confiar para evitar el efecto disuasorio que la justicia “formal” produce en los consumidores, por razones que luego veremos<sup>8</sup>.

Esto ha influido en la idea de que la mediación no puede ser impuesta como trámite obligatorio de carácter previo a la vía judicial y ello es erróneo en la medida en que no es *dirimente*, ya que las partes solo permanecen en el proceso de forma *voluntaria* y el acuerdo no es “dictado” por el mediador, sino por las partes. Distintas posturas se han planteado a estos efectos por los legisladores de los Estados, así en Alemania, Bélgica y Grecia existe la obligación previa de acudir a la mediación; en Gran Bretaña, Italia o Suecia, se incentiva la mediación, pero no se impone; finalmente, en países como Francia, es voluntaria. En nuestro país, actualmente se incentiva la mediación en la temática civil, ya sea por medio de la LEC, o en otras materias –laboral– se impulsa un sistema que, a nuestro juicio, funciona como una conciliación previa.

Sin embargo, en materia de consumo, el RDAC 231/2008 “integra” la mediación previa en el procedimiento de arbitraje, si bien existen varias instancias



que tienen reconocidas tareas de mediación en este campo. Ello no obstante, el *Anteproyecto de Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, ya citado, prevé imponer una mediación obligatoria previa a la interposición de la demanda en determinados casos según cuantía. En este punto, pensamos que una cláusula contractual que “imponga” una mediación previa, sino prevé sanciones por la negativa, ni trata de imponer el carácter vinculante y ejecutivo al acuerdo *ab initio*, no sería nula por abusiva y siempre que durante su desarrollo se suspenda la prescripción de acciones.

#### 1.- Notas características de los conflictos en el ámbito del consumo.

Cabe destacar que las relaciones contractuales en este campo se rigen en su mayor parte por condiciones generales y la posición de las partes es muy desigual, sobre todo cuando se trata de grandes empresas que operan en sectores clave como la energía, telecomunicaciones, banca, gran distribución, etc. que suelen disponer de unos servicios de atención al cliente no siempre son cercanos y accesibles. Ello

5 explica el “desequilibrio equitativo” o “discriminación positiva” a favor del consumidor que inspira al derecho de consumo y la existencia de una Administración implicada en la protección del consumidor, tal y como ordena la Constitución a “todos” los poderes públicos. Este “desequilibrio estructural” es, a nuestro juicio una de las razones por las que el legislador comunitario excluye la aplicación de la directiva “a las reclamaciones de consumo”, remitiéndose a la ya citada *Recomendación 2001/310/CE* que establece los criterios mínimos de calidad que los órganos de resolución consensual de litigios deben ofrecer a sus usuarios. Como se verá, el legislador español, por razón de competencia, también las excluye del ámbito de su futura ley estatal.

Si atendemos a las sucesivas *Memorias* publicadas por el Instituto Nacional de Consumo, podremos constatar el paulatino aumento de los conflictos en este campo que, si bien no poseen una cuantía media muy elevada, sí son muy numerosos. Así mismo, es relevante el progresivo aumento del papel de la mediación en este sector. En términos comparativos, en el año 2004 se resolvieron por mediación en el SAC un total del 20’76% de reclamaciones; sin embargo, en el año 2006 lo fueron ya el 52’26% de ellas. Pero ello no debe ocultar nuestra preocupación en cuanto al importante número de reclamaciones que se presentan, el incremento del montante económico de la totalidad de las mismas, la concentración de un número elevado de estas en determinados sectores y la ausencia de algunos grupos de empresas, entidades y profesionales que deberían incorporarse al sistema.

A nuestro criterio, los conflictos suscitados en el ámbito de las relaciones de consumo, presentan unas notas que podemos sintetizar de la siguiente forma:

- *Transpersonalismo*: en tales casos suelen resultar afectador intereses individuales, colectivos y difusos. Es decir, tiene un marcado matiz social en cuanto

afectan no solo a sujetos o colectivos determinados, sino al conjunto de la sociedad. Así podemos deducirlo del tratamiento que el Código Penal dispensa a ciertos delitos contra el mercado y los consumidores.

- *Baja cuantía frente a elevado numero de casos*: la cuantía media de una reclamación en consumo no suele ser muy relevante (700€ aproximadamente) pero el numero de casos suele ser muy elevado. El primer factor se convierte en un elemento disuasorio para el consumidor a la hora de acudir a la vía judicial, mientras que el segundo “impone” a los poderes públicos un especial deber de control de las prácticas en el mercado y la consecuente disciplina, no siempre ágil y eficaz de las Administraciones competentes.

- *La relación coste/beneficio*: para los infractores de los derechos de los consumidores suele ser muy favorable a su actuación. Dado que el arbitraje es voluntario, al igual que la mediación, y que Administración “sólo” sanciona, pero no repara, hemos de utilizar instrumentos de disciplina social: publicidad de sanciones, acciones colectivas, intervención del Ministerio Fiscal, daños punitivos o la constitución de fondos de reparación con los ingresos procedentes de las multas, para tratar de compensar ese factor disuasorio.

- *Desequilibrio de posiciones entre las partes*: tal y como venimos diciendo, las posiciones de las partes están desequilibradas, como dijo L. Sterne, “la diferencia entre acreedor y deudor estriba en el tamaño de sus bolsas”. El consumidor suele reclamar frente a prestaciones o bienes defectuosos que ya a abonado o le vinculan a operaciones crediticias “insoslayables” que condicionan de todo punto su decisión. La falta de formación o asesoramiento jurídico, la utilización de la contratación por adhesión, las dificultades de prueba, la negativa o “negligencia” de ciertas empresas o profesionales a “documentar” adecuadamente las transacciones y la falta de una coercibilidad eficiente del sistema administrativo de protección, llevan al consumidor a ocupar la “parte débil” del conflicto. Ello es paliado, solo en parte, por las 6 normas de interpretación e integración de los contratos “contra el predisponente” o la normativa sobre cláusulas abusivas de los artículos 82 y siguientes del TRLGDCU RD 1/2007<sup>9</sup>. Así mismo, supone que instituciones como el Ministerio Fiscal o las administraciones de consumo (OMICS, juntas arbitrales) deban actuar con medios de protección del consumidor frente a ese desequilibrio, y también que determinados profesionales (notarios o registradores) tengan un especial “deber de celo” a la de intervenir o autorizar las operaciones en las que se afecten intereses de los consumidores. Ello afecta especialmente a los deberes de independencia e imparcialidad del mediador, quién deberá tratar de establecer un *desequilibrio equitativo* en el trascurso del proceso de mediación para igualar las posiciones de las partes.

- *La falta de una jurisdicción definida*: del mismo modo que la doctrina es-

pañola no es unánime a la hora de aceptar la existencia de una disciplina llamada “Derecho de Consumo”, o en cuanto a la ubicación sistemática de sus normas y, menos aún en cuanto a su codificación, sucede con el hecho que las infracciones de tales normas pueden tener un carácter civil, administrativo o penal. No existe pues una jurisdicción científica ni judicial unificada sobre la materia y ello desemboca en una falta de eficacia evidente en la tarea de protección del consumidor. Es por ello loable que la Fiscalía General del Estado prevea la posibilidad de crear unidades especializadas en su seno para tal finalidad<sup>10</sup>. Es necesario paliar esta carencia aplicando las ADR en este campo, si bien con pleno respeto a las limitaciones objetivas que luego se tratarán.

• *Complejidad de la materia*: la superación de la visión “administrativista” de la temática del consumo y el impulso que han supuesto su entrada en sede constitucional y la labor de la Unión Europea, han puesto de relieve que no estamos ante meros conflictos privados, individuales y afectantes a materias de segundo orden. Ya hemos aludido al matiz social de tales conflictos, pero la nuevas tecnologías han puesto de relieve que estamos ante lesiones que no solo abarcan problemas de interpretación o ejecución de contratos de consumo, sino que cuando afectan a cuestiones como las relativos al derecho a la salud, la seguridad o la privacidad del consumidor, el nivel del agravio cobra bastante relevancia. Lo mismo sucede cuando se trata de actos que perjudican a un elevado número de personas, como por ejemplo, las estafas piramidales, quiebras fraudulentas, etc.

LAS PARTES SOLO  
PERMANECEN EN  
EL PROCESO DE  
FORMA VOLUNTARIA  
Y EL ACUERDO NO ES  
“DICTADO” POR EL  
MEDIADOR, SINO POR  
LAS PARTES

Todo lo dicho nos lleva a insistir en la necesidad de asegurar la existencia de medios que permitan al consumidor acceder de una forma rápida, económica y eficaz a la justicia en este campo. Serán la mediación y el arbitraje las vías complementarias más adecuadas para cumplir este objetivo, siempre que se les dote del régimen jurídico y los medios materiales y humanos necesarios para ello.

### III. - EL PROBLEMA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Como venimos diciendo, en nuestro país no existe una legislación uniforme sobre mediación, sino que han sido diversas CCAA las que han dictado leyes sobre la materia, singularmente en relación con la mediación familiar, salvo Cataluña que ha

7 dictado una Ley de Mediación en asuntos civiles y mercantiles, tras la

aprobación de la directiva comunitaria. Ello se debe a que la competencia sobre mediación en consumo se estima que es exclusiva de las CCAA pues éstas la han asumido en sus estatutos en lo relativo a los procedimientos de defensa del consumidor (Cfr. Andalucía, Baleares, Aragón, etc.) lo que motivó que el anterior proyecto de ordenación del arbitraje de consumo abandonara su idea de regular esta materia. Así mismo, la directiva citada también la excluye, tal y como vimos, y en razón de todo ello el actual Anteproyecto excluye de su ámbito de aplicación la mediación en consumo en su artículo 2.1-e sin mas explicaciones.

Esta postura va a provocar más inconvenientes de los que pretende resolver, ya que se plantea el problema de dejar en manos de las CCAA la iniciativa de regularla y, lo que es peor, podrían plantearse antinomias entre los distintos textos autonómicos. El legislador estatal ha debido establecer las líneas básicas de la regulación de la actividad de mediación, dejando a las CCA regular su aplicación en cada territorio. Por tanto, seguimos en un panorama en el que se practica la mediación, pero sin someterse a ninguna regla legal que la discipline. En este punto, hemos de recordar que las juntas arbitrales tienen encomendada la tarea en lo relativo a los conflictos que replantean en su seno por los consumidores y usuarios reclamantes. Se trata de una mediación previa, obligada y “no reglada” en su procedimiento. Esta laguna legal dota de singular relevancia a textos como la directiva y la recomendación citadas o el “Código Europeo de Mediadores”, así como al Código Civil en la medida en que la mediación es un contrato, pues ayudan a evitar que esta incoherencia desproteja a las partes, singularmente al consumidor, por falta de las debidas garantías legales en el proceso de mediación. Se hace precisa una “ley uniforme” – similar al Acta Uniforme de Mediación de USA de 2003 – que consagre las líneas generales de este instrumento de acceso a la justicia “consensual” que recoja cuestiones tales como los principios, las fases del procedimiento estructurado, el estatuto del mediador, la eficacia del acuerdo, los recurso contra éste, la responsabilidad y la prescripción de acciones. En este punto, hemos dicho que existe ya un anteproyecto de ley sobre la materia, pero que excluye de su ámbito a los conflictos de consumo.

El error reside en percibir la mediación como un instrumento “administrativo” de protección del consumidor y no como un medio alternativo o complementario –voluntario, gratuito y rápido– de solucionar de forma consensuada un conflicto. Es una vía *alternativa* al arbitraje o los tribunales en la que actúa un tercero “neutral, independiente e imparcial”, pues el mediador no es un “defensor” del consumidor, como sucede con otras figuras ya existentes.

### III. - LA MEDIACIÓN EN LAS JUNTAS ARBITRALES DE CONSUMO

Como venimos diciendo, el RDAC hace referencia a la mediación en diver-

sos preceptos, pero de salida debemos indicar que no se le concibe como una fase autónoma, sino que sólo es posible cuando proceda el arbitraje, es decir cuando la reclamación sea admitida a trámite por reunir los requisitos legales (ex. Artículos 2 y 38 RDAC). Por tanto, puede ser una alternativa voluntaria, previa o coetánea al arbitraje, a la que se invita a las partes y que las juntas arbitrales deben “asegurar” (ex artículo 6 RDAC) como un servicio que se debe prestar (ex. Artículo 38). Así mismo, esta norma alude a la mediación y la conciliación, pero no las diferencia sino por el momento en que se desarrollan, una al inicio del proceso, y la conciliación durante su desarrollo, dando lugar al acuerdo conciliatorio.

Así pues, la mediación se ha integrado en el arbitraje de consumo por dos vías diferentes:

- Como actividad precedente a la que se invita a las partes al inicio del procedimiento, previa la admisión a trámite de la reclamación.

8 - Como *conciliación* que se realiza ante el propio órgano arbitral, en este caso se alcanza un “laudo conciliatorio” con todas las ventajas que ello comporta para el consumidor. Tal y como nos recuerda Ribón Seisdedos, la conciliación puede ser judicial o extrajudicial y tiene su esencia en la comparecencia de las partes ante un tercero que puede coincidir con la persona u órgano que, de no prosperar, decidirá el conflicto.

EL ERROR RESIDE EN  
PERCIBIR LA MEDIACIÓN  
COMO UN INSTRUMENTO  
“ADMINISTRATIVO” DE PROTECCIÓN  
DEL CONSUMIDOR Y  
NO DE SOLUCIONAR DE  
FORMA CONSENSUADA  
UN CONFLICTO

Realmente, el RDAC sólo hace<sup>11</sup> referencias inconcretas al contenido y desarrollo de la mediación, limitándose a fijar el momento de realizarla, el plazo de duración, la suspensión de actuaciones, el deber de confidencialidad y la obligatoriedad de dejar constancia por escrito de lo acordado. El anterior anteproyecto si era algo más detallado a la hora de abordar el tema, ya que le dedicaba varios preceptos relativos a la implantación dentro del procedimiento de arbitraje, a la figura y actuación del mediador y al resultado final de la misma (artículos 35 a 37). Por razones que se han comentado, esta parte del texto desaparecerá en el Real Decreto que finalmente se apruebe.

Tal y como está planteado, el Sistema Arbitral cuenta con diversas instancias (junta nacional, juntas regionales, locales o provinciales) además de ciertos órganos especializados –telecomunicaciones, discapacidad– que pueden realizar tareas de mediación. Junto a ello, los servicios provinciales de consumo, las oficinas de información al consumidor o las asociaciones de consumidores, también realizan esta actividad. De esto se han deducido descoordinaciones porque cada

órgano actúa con su propio criterio. Por ejemplo, en algunos casos, se sanciona a la empresa que se niegan u obstaculizan el proceso remediación “por obstruir las funciones publicas de intermediación en materia de consumo” (cfr. artículo 5.1 RD 1945/83).

## V.- EL OBJETO DE LA MEDIACIÓN EN CONSUMO

Como ya se ha dicho, en este caso la mediación se aplicará en aquellos conflictos entre consumidores y empresarios o profesionales en los que resulten afectados los derechos de los primeros, siempre que verse sobre una materia en la que las partes tengan poder de disposición; es decir, la mediación alcanza hasta donde llega la autonomía de la voluntad. No existe una norma que nos permita fijar el alcance de esa *disponibilidad*, pues sólo tenemos como referencia el artículo 2 del RDAC<sup>12</sup> de cuyo tenor podemos deducir que podrán ser objeto de arbitraje las materias de libre disposición, con exclusión específica de los casos en los que hay indicio de delito o versan sobre intoxicación, lesión o muerte y la responsabilidad consecuente.

Según lo dispuesto en los artículos 751 y 752 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la *disponibilidad* del objeto del proceso está prohibida a las partes en los supuestos de la renuncia, el allanamiento y la transacción y de forma limitada en cuanto al desistimiento. Como afirma la doctrina, ello implica lo siguiente:

- El demandante no puede renunciar al derecho material debatido en el proceso;
- El demandado no puede allanarse a la pretensión del actor;
- No cabe que las partes acuerden una transacción sobre el objeto del proceso.

9 En cuanto al *desistimiento*, el artículo 750 LEC subordina su eficacia a la conformidad expresa del Ministerio Fiscal, si bien ello no se aplica en los procesos de separación y divorcio, pero hemos de recordar que si el convenio regulador afecta a menores o incapacitados, deberá informar el Ministerio Público. En consecuencia, como no cabe transaccionar, no puede haber mediación, pero si bien lo miramos ello supone dejar un campo muy amplio a la aplicación de esta técnica pues en el ámbito de los conflictos de consumo la problemática es muy diversa en lo tocante a la preparación, interpretación y ejecución de los contratos, como se viene demostrando<sup>13</sup>.

## VI.- EL PROCEDIMIENTO Y LA POSICIÓN DE LAS PARTES

El procedimiento de mediación es bastante flexible, como no podía ser de otra manera. La directiva establece que ha de ser “estructurado”, pero sin detallar

cuales serían sus fases, alcance y duración. La mayoría de las normas reguladoras del procedimiento, parten de una *sesión informativa* previa, que ya recomendara la directiva, en la que se informa a las partes sobre el uso, principios, costes, organización, características y consecuencias del acuerdo de mediación<sup>14</sup>. A continuación, una vez designado el mediador y aceptada éste por las partes, se realiza la sesión *inicial* donde se fijan conceptos tales como el objeto o cuestiones a resolver, planificar las sesiones a realizar, la necesidad –en su caso– de la presencia de asesores o letrados, y el carácter vinculante y ejecutivo que pudiera darse al acuerdo. De todo ello se levanta la correspondiente acta que será firmada por las partes y el mediador. Seguidamente se realizarán las distintas sesiones conjuntas o por separado, según sea preciso, debidamente documentadas, para culminar con la sesión final donde, en caso de haber acuerdo, éste se redactará por las partes, con el asesoramiento debido. De ello levantará acta el mediador, con las correspondientes firmas, y se comunica a la autoridad judicial para su homologación, si este es el caso.

En el caso de las mediaciones que se realizan en el SAC hay varias especialidades a resaltar. La primera es que la mediación se inicia “de oficio” como procedimiento previo y voluntario, por lo que no se insta por las partes, y el presidente de la junta arbitral deberá incluir en la resolución de admisión a trámite *la invitación a las partes para alcanzar un acuerdo a través de la mediación previa, en los supuestos en que proceda*, según dispone el artículo 37.3.A RDAC. Si hay oposición expresa de parte o consta una mediación intentada sin efecto, no habrá lugar a este trámite. En segundo lugar, el artículo 38.2 RDAC no regula su procedimiento, sino que se remite *a la legislación sobre la materia que resulte de aplicación* –que por ahora no existe– y haciendo expresa mención al deber de secretario de la junta arbitral de dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como de su resultado. Así mismo, impone a mediador los mismos requisitos de *independencia, imparcialidad y confidencialidad* exigidos a los árbitros.

En cuanto al plazo concedido para llevar a cabo la mediación, siendo la media de dos meses, prorrogable por otro más, el artículo 49 .1 RDAC concede un mes desde que se dicta la resolución de admisión a trámite e invitación a la mediación. Este es a todas luces un plazo corto, por lo que el número de sesiones y las posibilidades de obtener acuerdo no son muy elevadas. No obstante, si bien se mira, de su texto se deduce que realmente durante todo el plazo del procedimiento arbitral, antes de dictar laudo, las partes pueden llegar a un acuerdo, bien por conciliación ante el órgano

10 arbitral, bien por si mismas o por mediación, en cuyo caso se dictará un laudo conciliatorio en el plazo de quince días desde que se adopta el acuerdo.



En este caso, la mediación es gratuita y se atiene a los principios ya citados de confidencialidad, contradicción y voluntariedad, por lo que cualquiera de las partes puede abandonarla a voluntad.

## VII.- EL ACUERDO Y SU EFICACIA VINCULANTE

Según venimos diciendo, la mediación es un contrato “atípico” que al adquirir una dimensión social relevante en determinados campos – conflictos familiares, laborales, de consumo, etc. – viene siendo regulado en distintas normas autonómicas. Ello no obstante, su esencia contractual es evidente. En consecuencia, los deberes de buena fe, confianza mutua y confidencialidad, son muy relevante. Una vez concluido el proceso, si hay acuerdo estaremos ante una transacción en la que se resuelvan la totalidad o parte de las cuestiones planteadas, que será homologada o no por una autoridad según proceda. Ello no obstante, a fin de dotar de seguridad y confianza al sistema, el anteproyecto, siguiendo a la directiva, prevé la posibilidad de que el acuerdo sea vinculante y tenga fuerza de cosa juzgada conforme a lo dispuesto en la legislación procesal para los títulos ejecutivos mediante la oportuna reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Para ello será preciso que las partes así lo acuerden y lo refleje el mediador en el acta inicial. Si ello es así, sólo cabe solicitar su anulación o revisión conforme a lo establecido para las sentencias firmes. Obviamente, es responsabilidad del mediador no autorizar con su firma un acuerdo que sea contrario a derecho –ha de ser conforme al ordenamiento jurídico– procediendo en consecuencia<sup>15</sup>.

EL ANTEPROYECTO,  
PREVÉ LA POSIBILIDAD  
DE QUE EL ACUERDO  
SEA VINCULANTE Y  
TENGA FUERZA DE  
COSA JUZGADA

En el caso de la mediación en el SAC – excluimos el caso de la conciliación ante el órgano arbitral – la fase de mediación es previa a la intervención del árbitro o del colegio, por lo que del artículo 38.2<sup>16</sup> RDAC ordena al secretario de la junta arbitral levantar acta del resultado de la mediación. Si no hay acuerdo, el procedimiento sigue su curso. Sin embargo, no queda claro si esa fase de mediación es anterior al nombramiento del órgano arbitral destinado a dirimir, en su caso, el conflicto. Del tenor de artículo 39 RDAC no se deduce que la mediación previa obste para nombrar árbitro colegio, por lo que en caso de haber acuerdo, se aplicará el artículo 48.2<sup>17</sup> del mismo texto y el acuerdo se incorpora al laudo, salvo que el órgano arbitral encuentre motivos para oponerse, en cuyo caso prevalece su criterio, creando una situación difícil de resolver. Si el acuerdo válido es parcial se continúan las actuaciones para dirimir los

puntos no recogidos en el acuerdo. Con ello se le dota de la fuerza de cosa juzgada y carácter ejecutivo que, conforme dispone el artículo 517 de la LEC 1/2000, poseen los laudos arbitrales.

## CONCLUSION

Dado el elevado numero de reclamaciones que anualmente se atienden en el SAC y el relevante nivel de consenso a la hora de ejecutar los laudos, así como el aumento paulatino de los resultados favorables de los procesos de mediación previa que intentan las juntas arbitrales antes de proceder al inicio de las actuaciones dirimientes, estimamos muy adecuado que se consagre la mediación como otra finalidad de las juntas arbitrales, a las que se deberá dotar de una sección de

11 mediación con profesionales habilitados para esta labor, pues todo ello irá en beneficio del sistema y sus destinatarios. Incluso se prevé la aplicación de las nuevas tecnologías al llamado “e-arbitraje” y la mediación “*on line*”. Cuestión distinta es que ahora se esté realizando dicha actividad sin una normativa reguladora y que el legislador excluya de su proyectada normativa a la mediación en consumo, lo cual crea una laguna legal inexplicable como si tales materias no entrasen dentro de la esfera del derecho privado.

Cuestiones esenciales como el estatuto del mediador, su objeto, procedimiento, suspensión de acciones, carácter ejecutivo, recursos etc. no pueden regularse de forma descoordinada, ese marco definido, *homógeno y predecible* que pretende la Unión Europea quedaría muy lejos de lograrse. Conectar la materia de consumo y el acceso a la justicia como cuestiones esenciales en la regulación del mercado (ex artículo 38 CE) obliga al legislador a emprender dicha tarea. Al menos entendemos, que la futura ley estatal servirá como derecho supletorio hasta que se resuelva el problema.

## NOTAS

<sup>1</sup> El presente trabajo se publica al amparo del Proyecto de Investigación “*La protección penal del consumidor*”. DER 2009-12717 del Ministerio de Ciencia e Innovación, del que el autor es miembro.

<sup>2</sup> Vid. *La justicia del futuro*. En la Obra: *Simposio sobre Tribunales y Mediación*. Barcelona, 2009. Pagina 3.

<sup>3</sup> La LEC 1/2000 si la toma en consideración, pero no la regula como “procedimiento judicial” en los artículos 770 y siguientes. El Anteproyecto español, no aprobado en el momento de redactar estas líneas, la configura como “un medio *complementario* de resolución de conflictos”. Consciente de que no hay una nor-

ma que conecte la mediación y su ejercicio en el ámbito de la jurisdicción, quiere llevar a cabo esta tarea en beneficio, no solo de los ciudadanos, sino también de la propia Administración de Justicia.

<sup>4</sup> Este marco estaría integrado por la Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 y la Recomendación 2001/310/CE. Vid. Barral Viñals, I. *Reclamaciones de consumo en la UE: de las ADR a las nuevas formas de ODR*. En la Obra: *Simposio sobre Tribunales...*cit. Páginas 67 y siguientes.

<sup>5</sup> Vid. Gazquez Serrano, L.: *El contrato de mediación o corretaje*. La Ley, 2007.

<sup>6</sup> Vid. *Diccionario UNESCO de la Ciencias Sociales*. Tomo III, página 1359.

<sup>7</sup> Vid. Soleto Muñoz, Helena: *La mediación en la Unión Europea*. En la obra: *Mediación y solución de conflictos*. Tecnos, Madrid, 2007. Páginas 185 y siguientes.

<sup>8</sup> Así, Portugal acaba de dictar, para los servicios esenciales, la Lei n.º 6/2011, de 10 de Março, a cuyo tenor procede a reformar la Lei n.º 23/96, de 26 de Julho, que “Cria no ordenamento jurídico alguns mecanismos destinados a proteger o utente de serviços públicos essenciais”. En su artículo 15 dispone: Resolução de litígios e arbitragem necessária

1- Os litígios de consumo no âmbito dos serviços públicos essenciais estão sujeitos a arbitragem necessária quando, por opção expressa dos utentes que sejam pessoas singulares, sejam submetidos à apreciação do Tribunal Arbitral dos centros de arbitragem de conflitos de consumo legalmente autorizados. 2- Quando as partes, em caso de litígio resultante de um serviço público essencial, optem por recorrer a mecanismos de resolução extrajudicial de conflitos, suspende-se no seu decurso o prazo para a propositura da acção judicial ou da injunção.”

<sup>9</sup> Véase la Sentencia del Juzgado de 1ª Instancia de Zaragoza (nº 15) de 13 de enero de 2004 sobre el caso “Opening”.

<sup>10</sup> Vid. Circular 2/2010, de 19 de noviembre, *Acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios*. Fiscalía General del Estado Diario La Ley, Nº 7557, Sección Dictamen, 28 Ene. 2011, Año XXXII, Editorial LA LEY .LA LEY 3570/2010

<sup>11</sup> Vid. *Manual básico de Arbitraje de Consumo*. CEACCU, Madrid, 2008, página 205.

<sup>12</sup> Artículo 2. Materias objeto de arbitraje de consumo.

1. Únicamente podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos a que se refiere el artículo 1.2 que versen sobre materias de libre disposición de las partes conforme a derecho.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, no podrán ser objeto de arbitraje de consumo los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquéllos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del

*Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.*

<sup>13</sup> Vid. Torres Fernández Sevilla, Duro Ventura y Casero Linares: *Los Procesos Civiles*. Dirigida por Garberí Llobregat, J. Ed. Bosch, Barcelona, 2001. Tomo 5, páginas 560 y siguientes.

<sup>14</sup> Vid. Artículos 10 y siguientes de la Ley de Cataluña 15/2009 de mediación en el ámbito de Derecho Privado y Capítulo 4 del Anteproyecto de Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

<sup>15</sup> Vid. Viola Demestre, I. *El carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de mediación*. En la obra: Simposio sobre...cit. Páginas 21 y siguientes.

<sup>16</sup> *La mediación se regirá por la legislación sobre la materia que resulte de aplicación, correspondiendo, no obstante, al secretario de la Junta Arbitral de Consumo dejar constancia en el procedimiento arbitral de la fecha de inicio y fin de la mediación, así como del resultado de esta.*

<sup>17</sup> *Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo que ponga fin, total o parcialmente, al conflicto, el órgano arbitral dará por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados, incorporando el acuerdo adoptado al laudo, salvo que aprecie motivos para oponerse.*